

De verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming

Citation for published version (APA):

Smits, J. (2000). De verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming. In *Remedies in het Belgisch en Nederlands contractenrecht* (pp. 115-140). METRO.

Document status and date:

Published: 01/01/2000

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

De verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming

§ 1. Algemeen

Anders dan op het terrein van de totstandkoming van de overeenkomst is de uniformiteit in Europa ten aanzien van de contractuele remedies, dat wil zeggen de acties die de schuldeiser heeft in geval van niet-nakoming, niet groot. Twee grote breuklijnen kunnen worden onderscheiden. De eerste loopt parallel aan de civil law-common law-dichotomie en heeft betrekking op de aard van de contractuele remedie: waar de gedwongen nakoming van de overeenkomst in de civil law welhaast automatisch voortvloeit uit het *pacta sunt servanda*, daar is *specific performance* naar Engelse common law in beginsel uitgesloten (zij het dat deze naar equity in specifiek omschreven gevallen wel mogelijk is). Daaruit blijkt de common law-attitude dat het contract vooral een economisch devies is, op zo eloquente wijze verwoord door Holmes met de zinsnede "The only universal consequence of a legally binding promise is, that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass"¹; even goed als nakoming is een de nakoming vervangende schadevergoeding.

Nauw samen met dit verschil in nakoming hangt een onderscheid tussen civil law en common law ten aanzien van de verkrijging van schadevergoeding. Naar common law is de overeenkomst in beginsel absoluut bindend; dat de debiteur niet kan worden verweten dat hij niet nakwam, doet voor de verkrijging van schadevergoeding in beginsel niet terzake². Daartegenover behoeft de debiteur in de civil law in beginsel slechts schadevergoeding te betalen indien hem een verwijt treft³. Hoewel in de praktijk de

1. *The Common Law* (1881), ed. MARK DEWOLFE HOWE, Cambridge Mass., Belknap, 1963, 235 v.
2. Een contract is een garantie: "It does not matter whether the failure to fulfill the contract by the seller is because he is indifferent or wilfully negligent or just unfortunate. It does not matter what the reason is. What matters is the fact of performance. Has he performed or not?", aldus de Engelse uitspraak, gecit. bij ZWIEGERT/KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd. ed., Oxford, Clarendon, 1998, 509 v.
3. Zie bijv. art. 1148 Code Civil, § 276 en 285 BGB en voor Belgisch en Nederlands recht onder 4.

uitgangspunten elkaar zullen naderen,⁴ zijn de beginselen evident tegengesteld. Ook hier lijkt de onderscheiden mentaliteit van civil law en common law bepalend: benadrukt de common law het economisch belang van de prestatie, in de civil law staat veel meer de persoon van de contractant (en daarmee diens gedrag) centraal. Dit kan ook zo worden gezegd dat omdat naar civil law het contractenrecht deel is van het algemeen verbintenissenrecht, de vereiste van schuld uit het aansprakelijkheidsrecht is getransplan-teerd naar het contractenrecht⁵. De common law kent veeleer gescheiden compartimen-ten van delictuele en contractuele aansprakelijkheid; een algemeen deel van het verbinte-nissenrecht ontbreekt er grotendeels.

De tweede grote breuklijn in het recht van de remedies is die tussen stelsels die een uniform begrip niet-nakoming kennen en stelsels waarin dat niet het geval is. De breuk-lijn in Europa loopt hier nu eens niet langs de civil law-common law-dichotomie. Ener-zijds hebben het Frans en Engels recht een min of meer uniform begrip niet-nakoming: is eenmaal vastgesteld dat daarvan sprake is (*inexécution du contrat, breach of contract, tekortkoming in de nakoming*), dan dient dat als basis voor de diverse remedies (met name ontbinding en schadevergoeding). Het Duitse recht kent anderzijds geen uniform concept *Vertragsverletzung*: het BGB kent slechts de categorieën van algehele onmoge-lijkheid van nakoming (*Unmöglichkeit*) en van vertraging in de nakoming (*Verzug*). De doctrine heeft daar de *positive Vertragsverletzung* als derde categorie aan toegevoegd; levering van gebrekkige zaken kent naar Duits recht een eigen wettelijk regime⁶.

Ten aanzien van deze beide grote breuklijnen staan Belgisch en Nederlands recht samen aan één zijde: beide stelsels eisen toerekenbaarheid van de tekortkoming aan de debiteur als vereiste voor verkrijging van schadevergoeding en kennen ook - in overeenstemming met de Principles of European Contract Law (art. 8.101) - een uniform begrip niet-nakoming. Hun gemeenschappelijk erfgoed in de Franse Code Civil belet echter niet dat beide rechtssystemen deels ook een eigen ontwikkeling zijn gegaan. Zeer schetsmatig gezegd komt die hier op neer dat met het in 1992 in Nederland ingevoerde nieuw BW de Nederlandse regeling van niet-nakoming veel systematischer is geworden; het Belgi-sche recht heeft getracht de gebreken van de oorspronkelijke regeling der niet-nakoming in de Code Civil op meer fragmentarische wijze te verhelpen. In het navolgende wordt dit nader uitgewerkt voor de verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming. Na een algemeen overzicht van de schadevergoedingsregeling in beide rechtssystemen (par.

4. G.H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract; A Comparative Account*, Oxford, Clarendon, 1988, 8. In stelsels waarin met resultaats- en inspanningsverbintenis wordt gewerkt, wordt in wezen een tussenpositie ingenomen omdat niet-voldoen aan een resultaatsverbintenis in de richting van een risico-aansprakelijkheid voor de contractuele toezegging gaat (hoewel de debiteur overmacht mag bewijzen).
5. Vgl. TREITEL, *o.c.*, 8.
6. Namelijk de bepalingen inzake *Gewährleistung wegen Mängel der Sache*. Vgl. MARKESINIS/LORENZ/DANNEMANN, *The Law of Contracts and Restitution*, Oxford, OUP, 1997, 398 v. Algemeen erkend is dat de Duitse regeling niet uitblinkt door helderheid; een voorstel voor vernieuwing van het Duitse recht inzake remedies is onlangs gedaan (vgl. MARKESINIS, *o.c.*, 426 v.).

2) worden de vereisten voor de verkrijging van schadevergoeding achtereenvolgens ontleed (par. 3-7). Ter afsluiting (par. 8) wordt ingegaan op een recente discussie in Frankrijk over het karakter van de schadevergoedingsplicht; wellicht dient die ook in de civil law meer op een common law-grondslag te worden gebaseerd.

§ 2. Het wettelijk kader voor de schadevergoedingsplicht in België en Nederland

Belgisch en Nederlands recht verschillen in wettelijk-systematisch opzicht thans aanzienlijk wat de schadevergoedingsplicht aangaat. In overeenstemming met de Romanistische traditie worden in het Belgisch privaatrecht de regels voor de verkrijging van schadevergoeding bij niet-nakoming in beginsel strikt onderscheiden van die bij de onrechtmatige daad. Zijn de eerste opgenomen in Boek III, Titel III over overeenkomstenrecht (met name art. 1146 v. B.B.W.), de verplichting om schadevergoeding te betalen bij onrechtmatige daad is te vinden in Boek III, Titel IV (met name art. 1382 v. B.B.W.). Een uniform *wettelijk* schadevergoedingsrecht bestaat daarmee niet⁷; dat ook in literatuur en rechtspraak van aparte schadevergoedingsstelsels wordt uitgegaan, neemt niet weg dat in beide stelsels wel deels dezelfde voorwaarden worden gehanteerd bij het vaststellen van de omvang van de schadevergoedingsplicht. In de Belgische literatuur is dan ook betoogd dat beide schadevergoedingsstelsels meer uniform zouden dienen te zijn dan zij thans op grond van de wet schijnen⁸. Met name de eis van causaliteit lijkt steeds meer uniform te worden toegepast in het contracten- en aansprakelijkheidsrecht⁹.

Meer bijzonder is de verplichting om de schade te vergoeden in geval van niet-nakoming van de verbintenis uit overeenkomst naar Belgisch recht neergelegd in de artt. 1146-1155 B.B.W. Voor de koopovereenkomst wordt dit uitgewerkt in art. 1611 (bij vertraging in de levering door de verkoper) en in 1645-1647 (bij vrijwaring door verkoper voor verborgen gebreken van de zaak). Kortweg komt het Belgische wettelijk systeem er op neer dat in art. 1147 B.B.W. twee gevallen van niet-nakoming worden

7. Dit was evenmin het geval naar *oud* Nederlands recht. De regels over schadevergoeding bij niet-nakoming waren naar oordeel van de Hoge Raad niet analoog van toepassing op de onrechtmatige daad (HR 28 december 1906, *W.* 8477; vgl. ASSER-RUTTEN I, 5de dr., Zwolle, Tjeenk Willink, 1978, 181).
8. Vgl. BERNARD DUBUISSON, "Questions choisies en Droit de la Responsabilité Contractuelle", in: P. WÉRY (ed.), *La Théorie Générale des Obligations*, CUP, 1998, 97 v.; vgl. PIERRE VAN OMMESLAGHE, "La sanction de l'inexécution du contrat", in: X. DIEUX e.a., *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Editions Jeune Barreau, 1984, no. 46ter: "un rapprochement toujours plus sensible entre les règles qui régissent la responsabilité contractuelle et celles qui concernent la responsabilité aquilienne". Ook onder Nederlands oud-BW werd de analoge toepassing van de artt. 1282 e.v. OBW op de schadevergoeding bij onrechtmatige daad wel verdedigd. Vgl. ASSER-RUTTEN III, 5de dr. 1979, Zwolle, Tjeenk Willink, 83.
9. Art. 1151 en art. 1382 BBW eisen elk een causaal verband tussen resp. niet-nakoming en schade en (onrechtmatige) daad en schade. In Cass., 24 juni 1977, *Pas.* I, 1087 werd de formulering uit het aansprakelijkheidsrecht overgenomen voor de wanprestatie. Vgl. VAN OMMESLAGHE, *o.c.*, no. 46qua-ter.

onderscheiden: de niet-uitvoering van de verbintenis en de vertraging in de uitvoering. Naar algemeen oordeel is dit om twee redenen een weinig precieze formulering van de Franse wetgever van 1804 geweest. In de eerste plaats is ook een vertraagde nakoming een geval van niet-uitvoering en in de tweede plaats wordt de gebrekkige uitvoering niet genoemd¹⁰. In de literatuur wordt evenwel algemeen uitgegaan van een uniform begrip niet-nakoming ("inexécution du contrat"): zodra de debiteur op enigerlei wijze niet doet hetgeen de overeenkomst van hem vergt, bestaat niet-nakoming.

De enkele tekortkoming in de nakoming is naar Belgisch recht - in overeenstemming met de civil law-traditie - evenwel niet voldoende om schadevergoeding te kunnen vorderen. Daartoe is tevens vereist dat is voldaan aan de cumulatieve voorwaarden van toerekenbaarheid van de tekortkoming aan de debiteur, het bestaan van schade en aanwezigheid van causaal verband tussen de tekortkoming en de schade¹¹. Het begrip "wanprestatie" ("faute", ook wel: contractsbreuk) is voorbehouden voor deze toerekenbare niet-nakoming¹². Deels onvolledig en deels dubbelop stellen de art. 1147 en 1148 B.B.W. deze eis van toerekenbaarheid (er mag geen sprake zijn van een "vreemde oorzaak die hem niet kan worden toegerekend" of van "overmacht of toeval"). Als vijfde eis geldt onder omstandigheden voorts dat een ingebrekestelling is uitgebracht aan de debiteur.

Deze op het Franse wetboek gebaseerde regeling was tot 1992 ook die van het Nederlands BW. In art. 1279 v. OBW waren grofweg dezelfde bepalingen in eenzelfde systematiek neergelegd als thans nog naar Belgisch recht het geval is¹³. Interessant is dat een zorgvuldige analyse van dit oude Nederlandse recht en het huidige Belgische recht tot een vruchtbare onderlinge kruisbestuiving van beide stelsels had kunnen leiden. Een eerste indruk is namelijk dat zich dezelfde problemen voordeden in beide stelsels. Sinds het Nederlandse recht een nieuwe regeling der niet-nakoming heeft verkregen, is een dergelijke analyse van veel minder belang geworden, maar het blijft verbazen dat deze

10. Zie HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit Civil Belge, tome II*, 3. éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, no. 584; vgl. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht I*, 4de uitg., Leuven, Acco, 1995, 104. Geheel consistent is deze kritiek uiteraard niet: ook de gebrekkige nakoming is immers een geval van niet-nakoming en daarmee wel degelijk gedekt door art. 1147 BBW.

11. Vgl. bijv. DE PAGE II, o.c., no. 572 v.; ROODHOOFT (ed.), *Bestendig Handboek Verbintenissenrecht*, no. 1749.

12. Vgl. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht I*, 4de uitg., Leuven, Acco, 1995, 105.

13. De tweedeling in twee soorten niet-nakoming in art. 1279 OBW; voor Nederlandse kritiek op de regeling, soortgelijk aan die in België, zie bijv. C.W. OPZOOMER, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, dl. 5, 2de dr. 's-Gravenhage, Belinfante, 1891, 91 v. Voor een bespreking van de Nederlandse regeling bijv. ASSER-RUTTEN I, 5de dr., Zwolle, Tjeenk Willink, 1978, 181 v.

vóór 1992 nooit is uitgevoerd. Uiteraard blijft wederzijdse beïnvloeding ook nu nog mogelijk ¹⁴.

Welke waren de redenen in Nederland voor de invoering van een geheel nieuwe systematiek inzake de niet-nakoming? Interessant is een behandeling van de wordings-geschiedenis van de huidige afdeling 6.1.9 (De gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis) en 6.1.10 (Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding) van het Nederlands BW. Deze afdelingen zijn opgenomen in Titel 1 (Verbintenissen in het algemeen) van Boek 6 inzake het Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht. Uiteraard golden voor de hernieuwing van de regeling de algemene redenen voor herziening van het BW, zoals een verwerken van de na 1838 gewezen rechtspraak en een terugbrengen van het primaat van wettelijke algemene voorschriften ¹⁵. Voor de niet-nakoming kwamen daar meer specifiek nog twee redenen bij.

In de eerste plaats was dat deze dat volgens de ontwerpers de gevolgen van het niet-nakomen van een verbintenis naar oud BW te zeer verspreid waren neergelegd ¹⁶. Zo was de schadevergoedingsverplichting bij verbintenissen om te geven neergelegd in afdeling 2 (art. 1272) en voor de verbintenis om te doen en niet te doen in afdeling 3 (art. 1275 en 1278); de bepalingen over overmacht bevonden zich in afdeling 4 (art. 1280-1281) en die inzake verzuim en ingebrekestelling verspreid over afdeling 2 en 4 (art. 1274 en 1279), een en ander precies zoals dat naar huidig Belgisch recht nog steeds het geval is. Dat achtte men te weinig systematisch. Vandaar dat een strikte scheiding werd ingevoerd tussen enerzijds de regels over de *vestiging* van een verplichting de schade te vergoeden bij niet-nakoming van een verbintenis (afdeling 6.1.9) en anderzijds de regels over de *omvang* van de schadevergoeding (afdeling 6.1.10). De laatste gelden voor alle wettelijke schadevergoedingsverplichtingen, willekeurig of deze zijn gebaseerd op niet-nakoming, onrechtmatige daad, ongerechtvaardigde verrijking of zaakwaarneming ¹⁷. Binnen de afdeling 6.1.9 wordt vervolgens in vier subparagrafen achtereenvolgens aandacht besteed aan algemene bepalingen (art. 6:74-80), verzuim van de schuldenaar (art. 81-87), verdere gevolgen van niet-nakoming (art. 88-90) en het boetebeding (art. 91-94).

In de tweede plaats bestond de expliciete wens om de fundamentele regel in te voeren dat bij *iedere* toerekenbare tekortkoming in de nakoming een plicht zou bestaan om de geleden schade te vergoeden. Een dergelijke regel was zo expliciet niet in het oude BW

14. Vgl. B. WYLLEMAN, "Recensie van G.T. DE JONG, Niet-nakoming van verbintenissen, Deventer, Kluwer, 1993", *T.P.R.* 32 (1995), 806 die stelt dat het Nederlandse recht oplossingen biedt voor vragen die in België open zijn (zoals ten aanzien van de vraag in hoeverre "zuivering" van verzuim mogelijk is).

15. Vgl. J.H.A. LOKIN en W.J. ZWALVE, *Hoofdstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 2de dr., Groningen, Wolters Noordhoff, 1992, 294 en de daar genoemde uitspraak van DONKER.

16. *PG Boek 6*, 151 (TM).

17. *PG Boek 6*, 331 (TM).

neergelegd en de ervaring in Duitsland - waar immers de schadevergoedingsplicht in geval van gebrekkige nakoming niet in het BGB is neergelegd - diende als schrikbeeld voor wat het gevolg zou zijn van het niet opnemen van een algemeen beginsel¹⁸.

De hiermee gecreëerde systematiek is in uitgangspunt helder. Het Nederlands nieuw BW kent een uniform begrip niet-nakoming dat als basis dient voor alle acties van de schuldeiser. Dit neemt evenwel niet weg dat de wens om ook op detailniveau het gekozen uitgangspunt consequent door te voeren tot kritiek heeft geleid. De regeling is soms te ingewikkeld voor de praktijk, waarbij met name de ingewikkelde verzuimregeling in het oog springt. Van Belgische zijde is opgemerkt dat de Nederlandse regeling op "een rationele, bijna wiskundige" wijze is opgebouwd¹⁹, doch dat leidt naar algemeen oordeel soms tot te zeer theoretische oplossingen die voor de praktijk van weinig waarde zijn²⁰.

Net als naar Belgisch recht kan ook de Nederlandse regeling der schadevergoeding bij niet-nakoming in een aantal vereisten worden ontleed. Eerst wanneer de tekortkoming ook toerekenbaar is aan de debiteur en schade is ontstaan die in causaal verband staat met de tekortkoming, kan de crediteur schadevergoeding vorderen. Soms is bovendien "verzuim" vereist. Deze cumulatieve voorwaarden voor het bestaan van de plicht de schade bij niet-nakoming te vergoeden worden hieronder achtereenvolgens in rechtsvergelijkend perspectief besproken. De behandeling van Belgisch en Nederlands recht is daarbij geïntegreerd met aandacht voor de facto bestaande parallellen en verschillen en grotendeels onder abstrahering van de systematische regeling.

In het navolgende zal blijken dat de wijze van presentatie van de rechtsstof in België en Nederland aanzienlijk verschilt. In een benadering waarin onomwonden het zoeken van gemeenschappelijke beginselen centraal staat, kunnen veel van die verschillen worden geëlimineerd ten gunste van een uniform Belgisch-Nederlands recht inzake remedies. Deels is de andere wijze van presentatie echter uiting van een andere *mentalité*; vraag is of die niet tezeer wordt prijsgegeven door enkel de overeenkomsten te benadrukken²¹. Hier is gepoogd om Belgisch en Nederlands recht zoveel mogelijk in hun eigen terminologie weer te geven.

18. Vgl. *PG Boek 6*, 257 (TM); het Italiaanse wetboek (art. 1218) werd als inspiratiebron genoemd.

19. B. WYLLEMAN, "Recensie van G.T. DE JONG", o.c., *T.P.R.* 32 (1995), 805.

20. Kritiek op de systematiek van de Nederlandse regeling bij o.a. J.M. SMITS, *Niet-nakoming*, Nijmegen, Ars Aequi, 1997, 11, 52; J.B.M. VRANKEN, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, no. 101; J.G.A. LINNSEN, "Van nieuw BW naar BW", *Advocatenblad* 73 (1993), 2.

21. Voor deze discussie bijv. J.M. SMITS, "How To Take the Road Untravelled? European Private Law in the Making", *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 6 (1999), 25 v.

§ 3. De tekortkoming: wanneer?

De vraag wanneer sprake is van een tekortkoming wordt naar Belgisch en Nederlands recht grotendeels langs dezelfde lijnen beantwoord. Beide stelsels zijn representatieve varianten van de civil law-benadering waarbinnen - anders dan in de common law dat enkel één begrip *breach of contract* kent - wordt onderscheiden tussen diverse soorten tekortkomingen. Naar Frans en Belgisch recht zijn dat blijkens art. 1147 Code Civil de vertraging in de nakoming (*retard dans l'exécution*) en de niet-nakoming (*inexécution*); naar Duits recht blijkens § 284 en 280 BGB *Verzug* en *Unmöglichkeit* en de in door doctrine en rechtspraak erkende *Positive Vertragsverletzung* en naar Nederlands recht de blijvende en de niet-blijvende onmogelijkheid van nakoming (art. 6:74 lid 2 N.B.W.). Naar Belgisch en Nederlands recht is de onderscheiding met name van belang voor de vraag of ingebrekestelling of verzuim al dan niet vereist is (zie par. 7)²².

A. BELGISCH RECHT

Vrij algemeen wordt in het Belgisch recht vastgesteld dat een tekortkoming bestaat door twee vragen te beantwoorden. In de eerste plaats is dat de vraag welke de aard is van de verbintenis die de debiteur heeft na te komen, in de tweede plaats de vraag of die verbintenis geschonden is²³.

Bij de eerste vraag wordt in België doorgaans gebruik gemaakt van het onderscheid tussen de resultaats- en de inspanningsverbintenis (in België ook wel "middelenverbintenis" geheten). De gemeenschappelijke bedoeling van partijen is bepalend voor de vraag waarvan sprake is²⁴. Voor zover het moeilijk is om die bedoeling vast te stellen, beziet de rechter doorgaans in welke mate het doel van de overeenkomst *zeker* bereikt zal worden: hoe groter de onzekerheid over het te bereiken doel, hoe eerder het oordeel is gerechtvaardigd dat slechts een inspanningsverbintenis bestaat. De debiteur wil zich immers niet verbinden tot iets waarvan het te bereiken resultaat onzeker is²⁵.

De vraag speelde in een zaak waarin een bruidsjurk was toevertrouwd aan een stomerij en de jurk (zonder ingenaaid wasvoorschrift) tijdens het stomen ernstig beschadigd raakte. De vrederechter te Deurne nam een inspanningsverbintenis aan waaraan de stomerij in casu had voldaan; daartoe overwoog de vrederechter dat vele soorten textielwaren bestaan met elk hun eigen behandelmethoden: geen enkele stomerij zal bij ontstentenis van een wasvoorschrift een resultaat toezeggen. Het cassatieberoep faalde omdat volgens het Hof van Cassatie de vrederechter "aldus

22. Vgl. TREITEL, *o.c.*, 129 v.

23. DE PAGE II, *o.c.*, no. 586; *Bestendig Handboek*, *o.c.*, no. 1752 (CLAESSENS).

24. Cass., 3 mei 1984, *A.C.* 1983-84, 1147. Het onderscheid tussen de twee soorten verbintenis is afkomstig van DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. 5, 1925, no. 1237; vgl. TREITEL, *o.c.*, 9 v.

25. Conclusie A-G E. KRINGS bij Cass., 3 mei 1984, *A.C.* 1983-84, 1147, 1151. Kritisch over deze benadering die de nadruk legt op de wil der contractanten: R. KRUIHOF, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992)", *T.P.R.* 31 (1994), no. 207.

de wil van de partijen afleidt uit een zodanige onzekerheid bij de uitvoering dat het risico zo groot is dat de schuldenaar het niet op zich neemt" ²⁶. KRUIHOF is over deze redenering kritisch: partijen hebben hier waarschijnlijk helemaal geen bedoeling gehad; hij acht het beter om eenzelfde uitkomst uit de aard van de verbintenis af te leiden ²⁷. Dit is uiting van een algehele tendens om de redenering aan de hand van resultaats- en inspanningsverbintenis enigszins te nuanceren. Ook Vandenberghé - die het onderscheid hoogstens als "wegwijzer" beschouwt - zit op deze lijn ²⁸.

Is aldus eenmaal vastgesteld waartoe de debiteur verplicht is, dan is een tweede vraag of bij de uitvoering daarvan de debiteur de op hem rustende verbintenis heeft geschonden. Deze vraag wordt naar Belgisch recht niet steeds op neutrale wijze beantwoord: of sprake is van niet-nakoming, hangt deels af van de mate waarin de debiteur een verwijt kan worden gemaakt.

In beginsel is de verbintenis geschonden indien de debiteur bij de uitvoering niet de zorgvuldigheid van de goede huisvader heeft betracht (vgl. art. 1137 B.B.W.). De zg. culpa levis in abstracto is voldoende, behoudens een aantal wettelijke uitzonderingen. Zo is de norm minder streng bij kosteloze bewaargeving (art. 1927 B.B.W.) en bij onbezoldigde lastgeving (art. 1992 lid 2 B.B.W.) maar strenger in geval van bruikleen (art. 1882 B.B.W.). Daar culpa levis verwijtbaarheid impliceert, kan de tekortkoming niet leiden tot de verplichting de schade te vergoeden indien een geesteszieke tekortschoot ²⁹, tenzij de schuldeiser een beroep kan doen op art. 1386bis B.B.W. Deze laatste bepaling geeft de rechter een discretionaire bevoegdheid om de geestesgestoorde die schade toebrengt naar billijkheid te veroordelen tot vergoeding van de gehele of gedeeltelijke schade ³⁰.

Opvallend is deze Belgische tweetrapsraket -die overigens niet door alle auteurs lijkt te worden voorgestaan - intussen wel. Of de verbintenis is geschonden laten afhangen van de vraag of de debiteur een verwijt valt te maken, lijkt namelijk een verwarring van de vraag naar de aanwezigheid ener *tekortkoming* met de vraag naar het al dan niet bestaan van *toerekenbaarheid*.

Naar Belgisch recht wordt de toerekenbaarheid vastgesteld door zowel te bezien of onmogelijkheid van nakoming bestaat als te bezien in hoeverre die is veroorzaakt door een fout van de debiteur (zie onder, par. 4). Het laatste aspect wordt kennelijk ook in het kader van de tekortkoming zelf behandeld. In de systematiek van het Nederlandse recht zou eerder door *uitleg* van

26. o.c., 1151.

27. KRUIHOF o.c., T.P.R. 31 (1994), no. 207, alwaar (no. 208-211) ook verdere voorbeelden van resultaats- en inspanningsverbintenissen. De tendens is om de overeenkomst (ook die van arts en advocaat) te ontleden in diverse resultaats- én inspanningsverbintenissen.

28. H. VANDENBERGHE, "De grondslag van kontraktuele en extra-kontraktuele aansprakelijkheid voor eigen daad", T.P.R. 21 (1984), 153.

29. Vgl. KRUIHOF, T.P.R. 31 (1994), no. 212.

30. Deze bepaling is ingevoegd in 1935; de bepaling geldt gelijkelijk voor contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.

de overeenkomst worden nagegaan of een tekortkoming bestaat; afhankelijk van de mate waarin de rechter zich de vrijheid toemeet de partij-afspraken eng of ruim (met aannemen van stilzwijgende bedingen) uit te leggen, heeft hij invloed op de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst³¹.

Of naar Belgisch recht reeds schadevergoeding kan worden gevorderd vóórdat de vordering opeisbaar is - met name omdat de debiteur laat blijken van zijn onwil om na te komen - is nog niet door het Hof van Cassatie beslist. Dat deze *anticipatory breach* ("tekortkoming op voorhand") mogelijk is indien de crediteur terecht alle vertrouwen in zijn wederpartij heeft verloren, ligt voor de hand³².

B. NEDERLANDS RECHT

De "tekortkoming in de nakoming" waarvan in het Nederlands BW zowel wordt gerept in art. 6:74 (terzake van de schadevergoeding) als in art. 6:265 (terzake van de ontbinding) is door de wetgever omschreven als iedere situatie waarin de debiteur in enig opzicht ten achter blijft bij hetgeen de verbintenis vergt³³. Daarbij is irrelevant of die tekortkoming ook toerekenbaar is aan de debiteur: pas indien de neutrale niet-nakoming ook toerekenbaar is, kan schadevergoeding worden gevorderd. Dit systeem - dat is beïnvloed door het werk van Ph.A.N. HOUWING³⁴ - moge dogmatisch-logisch in elkaar steken, door critici is het bekritiseerd vanwege de onmogelijkheid van een "tekortkoming" te spreken indien overmacht bestaat. Zo stelt SCHOORDIJK "dat de verbintenis ophoudt, waar de overmacht bestaat"³⁵.

Naar Nederlands recht bestaat bovendien een fijnzinnige discussie over de vraag in hoeverre de "tekortkoming" identiek is aan "niet-nakoming". Sommige auteurs³⁶ menen dat niet-nakoming algemener is omdat alleen van een tekortkoming sprake is indien nakoming verplicht was. Niet-nakomen van een nog niet opeisbare verbintenis (zoals bij de *anticipatory breach* van art. 6:80 N.B.W.) zou bijv. geen tekortkoming doch wel niet-nakoming zijn. Deze redenering valt te bekritisieren omdat zo beschouwd ook het niet-presteren omdat in *het geheel geen* overeenkomst bestaat als niet-nakoming kan worden gekwalificeerd³⁷.

31. Voor een terughoudende benadering DEIS PHILIPPE, "De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst", in: M. STORME/Y. MERCHERS/J. HERBOTS (eds.), *De overeenkomst vandaag en morgen*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 545 v.
32. Zie S. STIJNS, *De gerechtelijke en buitengerechtelijke ontbinding van overeenkomsten*, Antwerpen, Maklu, 1994, no. 474, alwaar ook rechtspraak.
33. *PG Boek 6*, 258 (TM); *PG Boek 6 (Inv.)*, 1247.
34. "De inhoud van de verbintenis en de overmacht", *W.P.N.R.* 1953, in: *Geschriften van Houwing*, Deventer, Kluwer, 1972, 335 v.
35. H.C.F. SCHOORDIJK, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer, Kluwer, 1979, 167. Zie nader onder 4.
36. Bijv. ASSER-HARTKAMP I, 10de dr., Zwolle, Tjeenk Willink, 1996, no. 308 en G.T. DE JONG, *Niet-nakoming van verbintenissen*, Deventer, Kluwer, 1993, 94 v.
37. SMITS, *Niet-nakoming, o.c.*, 15.

Het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenis lijkt in het Nederlandse recht een minder grote rol te vervullen dan in het Belgische recht. Hoewel de onderscheiding in rechtspraak³⁸ en literatuur³⁹ wel wordt gemaakt, blijft het belang puur beperkt tot een vraag van bewijslast: is het toegezegde resultaat uitgebleven, dan is de positie van de crediteur immers bewijsrechtelijk sterker dan in geval deze dient te bewijzen dat de debiteur niet de vereiste inspanning heeft geleverd. Door enkele auteurs is het onderscheid evenwel als onzinnig terzijde geschoven nu de wijze waarop de bewijslast dient te worden verdeeld volgens hen geheel naar billijkheid moet worden bepaald⁴⁰. Bovendien is het volgens deze auteurs een misvatting om in geval van een resultaatsverbintenis die niet wordt nagekomen om redenen die niet zijn toe te rekenen aan de debiteur *eerst* niet-nakoming te construeren en *daarna* overmacht aanwezig te achten; dat is volgens hen gekunsteld omdat geen enkele toezegging *ongeconditioneerd* plaatsvindt. Wie het toegezegde resultaat niet kan bewerken omdat hij in overmacht verkeert, had welbeschouwd in het geheel niet een zo ver reikende prestatieplicht. Overmacht is aldus niets anders dan "een onderdeel van het leerstuk van de interpretatie"⁴¹.

Expliciet heeft de Nederlandse wetgever het geval geregeld waarin nog geen opeisbaarheid van de prestatie bestaat (en dus geen tekortkoming aanwezig is), doch al wel de gevolgen van niet-nakoming (inclusief de schadevergoedingsplicht) intreden. In art. 6:80 N.B.W. worden deze drie situaties van *anticipatory breach* limitatief opgesomd. Indien vaststaat dat de nakoming zonder tekortkoming onmogelijk zal zijn, indien de crediteur uit een mededeling van de debiteur het tekortschieten moet afleiden⁴² of indien de crediteur goede gronden heeft te vrezen dat de debiteur tekort zal schieten en een schriftelijke aanmaning niets uithaalt, kan reeds voor tekortkoming schadevergoeding worden gevorderd. Naar Belgisch recht ontbreekt een dergelijke wettelijke regeling.

§ 4. Toerekenbaarheid van de tekortkoming

De vraag wanneer de tekortkoming precies toerekenbaar is aan de debiteur en dus verplicht tot schadevergoeding wordt in Europa op vele verschillende wijzen beantwoord. Rechtsvergelijking is op dit vlak moeilijk omdat de vraag in hoeverre de debi-

38. Zie bijv. HR 9 januari 1941, *N.J.* 1941, 935; HR 26 februari 1971, *N.J.* 1971, 270; Rb. Leeuwarden 1 maart 1984, *N.J.* 1986, 334.

39. Zie vooral Ph.A.N. HOUWING, De inhoud van de verbintenis en de overmacht, *o.c.*, 335 v. en HOF-MANN/VAN OPSTALL, Het Nederlands verbintenissenrecht, dl. 1-eerste ged., 9de dr., Groningen, Tjeenk Willink, 1976, 70 v.; ASSER-HARTKAMP I, *o.c.*, no. 184; DEN TONKELAAR, Resultaatsverbintenissen en inspanningsverbintenissen, Zwolle, Tjeenk Willink, 1982.

40. SCHOORDIJK, *o.c.*, 183 v.

41. SCHOORDIJK, *o.c.*, 185. "Een erkenning van een onvoorwaardelijke toezegging onder gelijktijdige erkenning van een bepaalde de toezegging verhinderende factor als overmacht is innerlijk tegenstrijdig".

42. Reeds erkend door de Hoge Raad in HR 17 februari 1961, *N.J.* 1961, 437.

teur definitief bevrijd kan worden geacht van de op hem rustende verbintenis (*i.e.* ook geen schadevergoeding verschuldigd is), niet in ieder rechtsstelsel *alleen* maar afhankelijk is van de aanwezigheid van overmacht. Soms kan ook *imprévision* tot verval van verplichtingen leiden; soms ook is via *utile* van de overeenkomst een soortgelijk resultaat te bereiken. Van de door KRUTHOF in 1982⁴³ onderscheiden vijf overmachtstheorieën zijn er hier drie van belang omdat deze in België en Nederland een rol vervullen. Behalve de leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid ("objectieve leer") zijn dat de schuldleer ("subjectieve leer") en de schuldleer aangevuld met het risico-beginsel.

KRUTHOF'S indeling in overmachtstheorieën is theoretisch nuttig, hoewel de praktijk zich nimmer consequent aan een der theorieën zal houden. In de leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid dient het voor de debiteur onmogelijk te zijn om de verbintenis na te komen en mag dit niet te wijten zijn aan een fout van de debiteur⁴⁴. Aldus wordt een tweeledige toets uitgevoerd met een objectief (onmogelijkheid van nakoming) en een subjectief (niet toe te rekenen aan de debiteur) element. Deze leer wordt volgens KRUTHOF in onder meer België, Frankrijk, Italië en de VS toegepast. De leer laat evenwel veel ruimte bij het moduleren van het begrip onmogelijkheid: wat precies onmogelijkheid oplevert (enkel de absolute - in dat geval is de leer werkelijk "objectief"- of ook de praktische onmogelijkheid) blijft betwistbaar. In de schuldleer staat daarentegen veel meer de persoon van de debiteur centraal: niet-nakoming levert overmacht op indien de debiteur alles heeft gedaan wat een zorgvuldig debiteur had moeten doen. Daarmee staat in deze leer veeleer het belang van de (zwakke) debiteur centraal; het verbaast dan ook niet dat deze leer in Nederland opkwam met de verzedelijking van het privaatrecht aan het begin van de twintigste eeuw⁴⁵. J.F. HOUWING, de belangrijkste Nederlandse vertegenwoordiger van de opvatting, drukte de leer aldus uit dat de overmacht begint waar de zorg van de goede huisvader een einde neemt⁴⁶. Ten slotte zij melding gemaakt van de schuldleer aangevuld met het risico-beginsel⁴⁷. Deze vult de verwijtbaarheid van de niet-nakoming aan de debiteur aan met een risico-aspect: soms dient de debiteur op te komen voor bepaalde risico's, ook al treft hem geen enkele schuld. Vraag in deze leer is uiteraard welke risico's dat zijn, een vraag die door de leer zelf niet wordt beantwoord.

A. BELGISCH RECHT

Naar Belgisch recht zijn de artt. 1147 en 1148 B.B.W. uiting van het algemene beginsel dat de debiteur slechts aansprakelijk is voor de door hem toegebrachte schade indien de

43. R. KRUTHOF, "Schuld, risico, imprevisie en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen; een rechtsvergelijkende benadering", in: *Hulde aan RENÉ DEKKERS*, Brussel, Bruylant, 1982, 281 v., herdrukt in: *Hulde aan Prof. Dr. R. KRUTHOF*, Antwerpen/Apeldoorn/Brussel, Maklu, 1992, 215 v.; zie ook dez., *o.c.*, *T.P.R.* 31 (1994), no. 221. Vgl. voor een ietwat andere indeling in theorieën ook ASSER-HARTKAMP I, *o.c.*, no. 311 v.

44. KRUTHOF, *o.c.*, 224 v.

45. Voor dit verband SMITS, *Niet-nakoming*, *o.c.*, 22.

46. J.F. HOUWING, *Overmacht of onmogelijkheid?*, *RM* 1904, in: *Rechtskundige Opstellen*, Haarlem, Bohn, 1921, 132. Voor de leer voorts KRUTHOF, *o.c.*, 229 v.

47. KRUTHOF, *o.c.*, 233 v.

tekortkoming hem ook toerekenbaar is⁴⁸. Naar algemeen oordeel kan deze toerekenbaarheid op twee gronden bestaan.

In de eerste plaats kan de tekortkoming te wijten zijn aan de schuld van de debiteur. Het Belgisch recht hanteert hier sinds lang de zojuist genoemde leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid: de nakoming moet definitief onmogelijk zijn en dat mag niet het gevolg zijn van een fout van de debiteur⁴⁹. Nu is - zoals gezegd - de eerste eis van "definitieve onmogelijkheid" nog altijd strikt of minder strikt uit te leggen; het Belgische Hof van Cassatie lijkt enigszins te zwakken tussen beide interpretaties, terwijl in de literatuur vrij eenstemmig voor een niet te strikte uitleg wordt gepleit. VAN GERVEN acht bijvoorbeeld een praktisch ("normaler- of menselijkerwijs") onmogelijke nakoming reeds reden om overmacht aan te nemen⁵⁰. Ten aanzien van de tweede eis van afwezigheid van een fout van de debiteur geldt dat de lichtste fout (*culpa levissima*) nog geen toerekenbaarheid impliceert maar een lichte fout (*culpa levis*) wel, hetgeen wel wordt afgeleid uit art. 1137 B.B.W. dat immers rept van de zorg die van een goed huisvader mag worden verwacht. Dit wordt in de rechtspraak ook wel zo uitgedrukt dat de omstandigheid die overmacht oplevert onafhankelijk moet zijn van de menselijke wil⁵¹.

In de tweede plaats kan ook naar Belgisch recht toerekening van de tekortkoming plaatsvinden op grond van risico. Daarmee wordt de leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid aangevuld met het risico-beginsel. Twee categorieën van risico-toerekening worden naar Belgisch recht erkend⁵².

48. De bepalingen zelf reppen van "vreemde oorzaak" en "overmacht of toeval"; naar algemene opinie bestaat tussen deze termen geen rechtens relevant verschil. Zie bijv. DE PAGE II, *o.c.*, no. 583 ("Notre droit repose donc tout entier sur le système de la faute").
49. Aldus reeds Cass., 12 juni 1947, *Pas.* 1947, I, 264; nog Cass., 10 januari 1994, *A.C.* 1994, 17. Zie voor de formulering bijv. Cass., 9 december 1976, *A.C.* 1977, 204: "Vreemde oorzaak omvat derhalve alle oorzaken waarop de debiteur geen vat heeft of behoorde te hebben - m.a.w., voorvallen die niet aan de fout van de debiteur of van een persoon voor wie hij instaat, te wijten zijn - én die een onoverkomelijk beletsel uitmaken tot nakoming van de verbintenis." In de literatuur wordt de leer bijv. verdedigd door DE PAGE II, *o.c.*, no. 596/599; vgl. de bijdrage van L. VAEL aan deze bundel. Desalniettemin bestaan toepassing van de schuldleer in de rechtspraak; zie daartoe KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 31 (1994), no. 221 en *Bestendig Handboek*, *o.c.*, no. 1778 (CLAESSENS).
50. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* I, 4de uitg., Leuven, Acco, 1995, 112 (hij spreekt ook van het "zorgvuldigheidscriterium" dat wordt aangelegd aan het gedrag van de debiteur, 106); ook DE PAGE II, *o.c.*, no. 602 ("normalement impossible, eu égard aux circonstances et aux conditions de vie"); ROBERT VANDEPUTTE, *De overeenkomst*, Brussel 1977, Laricier, 183. Vgl. Cass., 10 november 1976, *A.C.* 1977, 288 en de rechtspraak genoemd bij KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 31 (1994), no. 223 en in *Bestendig Handboek*, no. 1778 (CLAESSENS), met name het daar genoemde Cass., 13 mei 1996, *A.C.* 1996, 431, waarover L. VAEL, "Overmacht gerelativeerd: hoe blauw zijn plekken van de schuldeiser ingevolge het zgn. "fait du Prince"?", *R. Cass.*, 1998, 95 en waarin relatieve onmogelijkheid overmacht wordt geacht.
51. Cass., 28 november 1984, *A.C.* 1984-85, 436; Cass., 17 januari 1990, *A.C.* 1989-90, 650. Zie KRUIHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 31 (1994), no. 224.
52. Vgl. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht* I, 4de uitg., Leuven, Acco, 1995, 106 v.

De aansprakelijkheid voor hulppersonen is niet als zodanig neergelegd in het Belgisch BW; wel verwijzen de artt. 1245, 1735, 1954bis en 1994 B.B.W. naar een dergelijke aansprakelijkheid; algemeen wordt daaruit afgeleid dat er een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor hulppersonen bestaat⁵³. Tot de hulppersonen worden niet enkel de "aangestelden", maar ook "uitvoeringsagenten" (zelfstandigen betrokken bij de nakoming van de overeenkomst) gerekend. Of de hulppersoon aansprakelijk is, is overigens afhankelijk van de vraag of deze heeft gehandeld in de uitvoering van de opdracht⁵⁴. Daaraan is voldaan indien de handeling rechtstreeks verband houdt met de uitvoering van de overeenkomst en niet louter ter gelegenheid van de opdracht werd gepleegd⁵⁵. Eventuele verwijtbaarheid aan de zijde van de debiteur speelt geen rol⁵⁶, zodat sprake is van een werkelijke risico-aansprakelijkheid.

Omtrent de exoneration voor fouten van de hulppersoon geldt dat deze mogelijk is, zelfs bij "bedrog" van de hulppersoon; deze rechtspraak van het Hof van Cassatie is echter bekritiseerd⁵⁷.

Een tweede, meer omstreden, risico-aansprakelijkheid bestaat naar Belgisch recht voor zaken die bij de uitvoering van de verbintenis worden gebruikt. Terwijl deze aansprakelijkheid in het Franse recht tot een onomstreden pure risico-aansprakelijkheid is uitgegroeid, is het Belgisch recht veel terughoudender⁵⁸.

VAN GERVEN⁵⁹ acht een risico-aansprakelijkheid onomwonden aanwezig; KRUIHOF aanvaardt de Nederlandse regel van (nu) art. 6:77 als in beginsel juist⁶⁰.

Dat ook de rechtshandeling aparte grond is voor toerekening van de tekortkoming omdat partijen zich kunnen exoneren of kunnen garanderen, wordt naar Belgisch recht zo uitgedrukt dat de overmachtsregeling van regelend recht is. In overeenstemming met een beginsel van Europees *ius commune* zijn exonerationiebepalingen in beginsel geldig, tenzij

53. Zie C. PAUWELS, *Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen of uitvoeringsagenten*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1995; E. DIRIX, "Aansprakelijkheid van en voor hulppersonen", in: M. STORME (ed.), *Recht Halen uit Aansprakelijkheid*, Gent, MYS & BREESCH, 1993, 341 v.
54. Cass., 5 oktober 1990, A.C. 1990-91, 125.
55. *Bestendig Handboek*, o.c., no. 1768 (CLAESSENS), alwaar in dit verband DIRIX wordt aangehaald.
56. Cass., 21 juni 1979, A.C. 1978-79, 1268.
57. Cass., 25 september 1959, A.C. 1960, 86. Kritiek bij R. KRUIHOF, *T.P.R.* 21 (1984), 275 v.; zie evenwel E. DIRIX, "Exonerationiebepalingen", *T.P.R.* 25 (1988), no. 18.
58. Voor een vergelijking van Frans en Belgisch recht zie bijdragen aan *Les obligations en droit français et en droit belge; convergences et divergences*, Bruxelles/Paris, Bruylant, 1994.
59. VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht I*, 4de uitg., Leuven, Acco, 1995, 106 v.
60. KRUIHOF, "Schuld, risico, imprevisie en overmacht", o.c., 237; vgl. echter KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 31 (1994), 495.

deze in strijd komen met de openbare orde (zoals exonерatie voor opzettelijk toegebrachte schade)⁶¹.

Gevolg van het bestaan van overmacht is naar Belgisch recht afhankelijk van de vraag of de onmogelijkheid van nakoming tijdelijk of blijvend is. In geval van tijdelijke onmogelijkheid wordt de verplichting van de debiteur om na te komen enkel geschorst. Is de nakoming blijvend onmogelijk, dan is de debiteur bevrijd van zijn prestatieplicht en wel van rechtswege: de crediteur kan noch nakoming noch schadevergoeding eisen (vgl. art. 1302 lid 1 B.B.W.). Naar vroeger Nederlands recht verviel bij de wederkerige overeenkomst dan ook de prestatieplicht van de crediteur van rechtswege⁶², naar Belgisch recht geschiedt dit evenzeer doch op grond van de *théorie du risque*⁶³. Overmacht leidt evenwel niet tot verval of schorsing van de schadevergoedingsverplichting indien de debiteur reeds in verzuim was (dan vindt immers de risico-omslag van art. 1302 B.B.W. plaats) of indien de wet anders bepaalt (zoals in art. 1302 lid 4, 1379 en 1882 B.B.W.)⁶⁴.

B. NEDERLANDS RECHT

In het Nederlandse recht is in art. 6:75 N.B.W. onomwonden gekozen voor de schuldeleer aangevuld met het risico-beginsel. Het artikel luidt: "Een tekortkoming kan de schuldenaar niet worden toegerekend, indien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt". In het oorspronkelijk ontwerp van art. 6:1.8.2, afkomstig van het Driemanschap, was - behoudens enkele tekstuele details - dezelfde regel neergelegd en deze was door de ontwerpers gemotiveerd met de overweging dat een herleving van de leer van de logische onmogelijkheid diende te worden uitgesloten.

"Afwezigheid van schuld is er niet alleen als nakoming volslagen ondenkbaar was, doch ook als de nakoming de schuldenaar een zo grote inspanning of opoffering zou hebben gekost, dat zij als praktisch onmogelijk moet worden aangemerkt. Is de nakoming niet praktisch onmogelijk, doch slechts min of meer bezwaarlijk, dan kan de schuldenaar zich niet op grond van het onderhavige artikel disculperen"⁶⁵.

61. Exoneratie voor "zware fout" kan naar Belgisch recht wel (Cass., 25 september 1959, *A.C.* 1960, 86); vgl. *Bestendig Handboek*, o.c., no. 1803 (CLAESSENS). Voor details bijv. R. KRUIHOF, o.c., *T.P.R.* 31 (1994), no. 226 v. en J.H. HERBOTS (red.), *Exoneratiebedingen*, Brugge, Die Keure, 1993.
62. HR 17 juni 1949, *N.J.* 1949, 544 en ASSER-RUTTEN 4-I, 5de dr., Zwolle, Tjeenk Willink, 1978, 270.
63. DE PAGE II, o.c., no. 606bis.
64. Vgl. DE PAGE II, o.c., no. 607.
65. *PG Boek* 6, 264 (TM).

De overmacht bestaat daarmee vrijwel steeds in een verhindering van de nakoming, hetzij een absolute, hetzij een relatieve⁶⁶. Ondanks deze theoretische inbedding in de schuldleer is ook naar Nederlands recht essentieel dat een verhindering bestaat die buiten schuld van de debiteur is ontstaan⁶⁷. Aldus wordt de Belgische leer van de ontoerekenbare onmogelijkheid dicht genaderd.

Behalve schuld van de debiteur zijn wet, rechtshandeling en verkeersopvatting grond voor toerekening op grond van risico. Deze nevenschikking van schuld en risico is wederom uiting van de dogmatisch-logische gedachtengang van de Nederlandse wetgever; SCHOORDIJK merkt op dat meer praktisch ware om te erkennen dat *of* schuld als toerekeningsfactor wordt erkend (bijvoorbeeld niet in de man-vrouw-relatie) juist *afhankelijk* is van risico-factoren⁶⁸. Immers: de verkeersopvatting brengt bijvoorbeeld mee of schuld een relevante factor is of niet.

De rechtshandeling is van deze toerekeningsgronden de minst problematische: partijen kunnen immers zelf een regeling treffen. Een garantie sluit naar Nederlands recht een beroep op afwezigheid van schuld uit⁶⁹; de schuldenaar kan zich ook exonereren voor de schade.

De mogelijkheid van exoneratie is naar Nederlands recht beperkt door de regeling der algemene voorwaarden (art. 6:231 v. N.B.W.) en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 N.B.W.). In HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU) heeft de Hoge Raad factoren genoemd die een rol spelen bij de vraag of een beroep op een exoneratiebeding in strijd komt met de redelijkheid en billijkheid.

Krachtens de wet komen niet alleen de gedragingen van hulppersonen in beginsel voor risico van de debiteur (art. 6:76), ook is de laatste in beginsel aansprakelijk voor ongeschikte zaken waarvan bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt (art. 6:77). De eerste aansprakelijkheid is door de wetgever rechtsvergelijkend gegrond in onder meer het oude Nederlandse recht - waarin de regel al was erkend⁷⁰ -, het Duit-

66. Vgl. *PG Boek 6*, 263 (TM) en ASSER-HARTKAMP I, *o.c.*, no. 318, alwaar een (zeldzaam) geval wordt geschetst waarin geen onmogelijkheid bestaat en wel overmacht, nl. in het geval de debiteur door een hem niet toe te rekenen oorzaak niet wist van het bestaan van de verbintenis of over de inhoud daarvan een verkeerde voorstelling had. Naar Frans recht bestond een controverse over de vraag in hoeverre dit overmacht oplevert (vgl. *PG Boek 6*, 263 (TM)).

67. Vgl. ASSER-HARTKAMP I, *o.c.*, no. 322. Interessant is dat naar heersende visie in Nederland de Code Civil al had gebroken met de graden van schuld (*culpa lata, levis, levissima*) en dat steeds in het geval in kwestie de vereiste mate van schuld kan worden vastgesteld; in België is de opvatting kennelijk anders (vgl. DE PAGE II, *o.c.*, no. 588).

68. SCHOORDIJK, *o.c.*, 195.

69. *PG Boek 6*, 264 (TM).

70. Net als in België door uit verspreide bepalingen (art. 1649, 1840 BW (oud)) een algemeen beginsel af te leiden.

se recht en het Zwitserse en Oostenrijkse recht.⁷¹ Onlangs heeft de Hoge Raad de ratio van de regel nog eens onder woorden gebracht⁷²:

"(...) dat de debiteur door het inschakelen van hulppersonen zijn bedrijfsactiviteiten uitbreidt en dus van die inschakeling profijt heeft, waartegenover dan dient te staan dat hij voor fouten van de hulppersonen aansprakelijk is. Deze aansprakelijkheid brengt ook mee dat de debiteur genoopt wordt tot een zorgvuldige keuze van de in te schakelen hulppersonen en tot een zodanige organisatie van hun werk dat de kans op fouten zo gering mogelijk wordt. Zou die aansprakelijkheid niet bestaan dan zou de crediteur in geval van fouten van een hulppersoon niet op zijn wederpartij, maar slechts op de hulppersoon verhaal kunnen zoeken, waarbij de crediteur zich, anders dan de debiteur in zijn verhouding tot de hulppersoon doorgaans wel kan, niet op een contract kan beroepen, terwijl, ingeval meer hulppersonen zijn ingeschakeld, het voor de crediteur onvoldoende duidelijk kan zijn wie van hen de fout heeft gemaakt".

Een aansprakelijkheid onder alle omstandigheden geeft art. 6:76 echter niet; hoewel de tekst van de bepaling een brede aansprakelijkheid impliceert, vindt art. 6:76 geen toepassing indien de aard van de overeenkomst dat in verband met de redelijkheid en billijkheid met zich brengt. Zo ligt aansprakelijkheid niet voor de hand indien de hulppersoon op aanwijzing van de schuldeiser is ingeschakeld⁷³.

De ratio van de aansprakelijkheid voor hulppersonen geldt niet in geval van de aansprakelijkheid voor gebruikte zaken; naar oud-Nederlands recht bestond een dergelijke aansprakelijkheid dan ook niet onverkort. In 1968⁷⁴ had de Hoge Raad overwogen dat "het Nederlands verbintenissenrecht de algemene regel dat de schuldenaar heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de zaken waarvan hij zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, niet inhoudt". Dit paste in de idee dat schade door falen van zaken zich in zeer uiteenlopende gevallen kan voordoen en dat het eindpunt van de rechtsontwikkeling op dit punt moeilijk was te voorzien⁷⁵. Vandaar dat de wetgever - na het aanvankelijk ontbreken van een bepaling in het ontwerp - uiteindelijk in art. 6:77 een genuanceerde regel heeft ingevoerd die inhoudt dat indien bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een daartoe ongeschikte zaak, de tekortkoming aan de debiteur wordt toegerekend tenzij dit gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortvloeit, de verkeersopvatting of de overige omstandigheden van het geval onredelijk zou zijn.

De toerekening op grond van verkeersopvattingen vindt volgens de Nederlandse wetgever onder meer plaats in geval van voor de schuldenaar voorzienbare belemmeringen,

71. *PG Boek 6*, 266 (TM); zie voor de "Erfüllungsgehilfe" § 278 BGB; 1313a ABGB; 101 OR.

72. HR 21 mei 1999, *R.v.d.W.* 1998, 80. Jac. Huma, *Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische Berichten* 1999, 141 v. spreekt in dit verband van achtereenvolgens het profijtbeginsel, het prikkelpincipe en het beginsel van de slachtofferbescherming.

73. ASSER-HARTKAMP I, o.c., no. 328.

74. HR 5 januari 1968, *N.J.* 1968, 102; vgl. HR 13 december 1968, *N.J.* 1969, 174.

75. *PG Boek 6*, 270 (MvA II).

het ontbreken van bekwaamheid en financieel onvermogen om de verbintenis na te komen⁷⁶. Rechtsvergelijkend is interessant dat deze laatste factor internationaal steeds als risico-aansprakelijkheid wordt beschouwd; nakoming is hier nooit onmogelijk.⁷⁷ Hetzelfde geldt voor de verplichting om soortzaken te leveren⁷⁸.

C. OVERMACHT IN BELGIË EN NEDERLAND

Vergelijking van de Belgische en de Nederlandse overmachtsregeling doet de vraag rijzen of het Belgische recht een enger overmachtsbegrip kent dan het Nederlandse. Op grond van enkel de wettelijke regels is men geneigd om dit aan te nemen: nog afgezien van de in België omstreden risico-aansprakelijkheid voor gebruikte zaken, laat de Nederlandse regeling veel ruimte voor de invulling van de toerekeningsgronden schuld en verkeersopvatting⁷⁹. Naar Belgisch recht kan echter de betekenis die aan het begrip onmogelijkheid van nakoming wordt gehecht op een door de rechtvaardigheid ingegeven wijze worden gemoduleerd. Daartoe bestaat des te meer noodzaak nu in het Belgische recht niet de *imprévision* als grond voor aantasting van de overeenkomst wordt erkend⁸⁰. De praktische onmogelijkheid bij overmacht kan dan worden gebruikt als instrument in situaties die elders onder *imprévision* zouden worden gebracht⁸¹. Het te bereiken resultaat is echter anders: niet herziening van de overeenkomst (zoals mogelijk bij *imprévision*), maar volledige bevrijding van de overeenkomst.

Zowel Belgisch als Nederlands recht passen goed binnen de overmachtsregel die art. 8.108 (1) PECL geeft. De bepaling luidt:

A party's non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.

Hiermee wordt de civil law-benadering van slechts wanprestatie indien de tekortkoming toerekenbaar is aan de debiteur omarmd (vgl. ook art. 9.501 PECL). Zeer informatief is de bepaling echter niet.

76. PG Boek 6, 265 (TM).

77. TREITEL, o.c., 13 v.

78. TREITEL, o.c., 15 v. voor deze "Gattungsschuld".

79. KRUITHOF, o.c., 234 kwalificeert de Nederlandse bepalingen als een "zeer soepele regeling".

80. Grondlegend: Cass., 19 mei 1921, *Pas.* 1921, 1, 380; recent nog eens bevestigd in Cass., 14 april 1994, *A.C.* 1994, 369. In de literatuur is door met name D. PHILIPPE gepleit voor erkenning van de imprevisieleer in zijn *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, Brussel 1986. Overzicht van de discussie bij P. ABAS, *Rebus sic stantibus*, Deventer, Kluwer, 1991, 72 v.

81. Vgl. KRUITHOF, o.c., *T.P.R.* 31 (1994), no. 219 en de bijdrage van L. VAEL aan deze bundel, met name no. 21.

§ 5. Schade

Als algemeen beginsel van Europees schadevergoedingsrecht mag gelden dat de schadevergoeding bij niet-nakoming de daadwerkelijk geleden schade niet te boven mag gaan. Dit "compensatory principle"⁸² is deel van alle Westerse rechtsstelsels; voor zover *punitive damages* bij wanprestatie worden erkend, blijft dat uitzondering. Onderscheiden wordt doorgaans tussen aanvullende en vervangende schadevergoeding, waarbij de laatste dient ter vervanging van de overeengekomen prestatie. Interessant vanuit het oogpunt van het *doel* van het contractuele aansprakelijkheidsrecht is of de vervangende schadevergoedingsactie al dan niet een subsidiair karakter heeft: kan zij slechts worden ingesteld indien nakoming voor de debiteur in natura onmogelijk is of reeds eerder? Het laatste is in beginsel het geval in de common law, waar de overeenkomst immers niet zozeer is gericht op de nakoming in natura als wel op de verkrijging van de *waarde* der prestatie⁸³. In civil law heeft de schadevergoedingsactie doorgaans wel een subsidiair karakter, hoewel het Duits recht meer genuanceerd is⁸⁴.

A. BELGISCH RECHT

Het in de artt. 1149-1151 en 1153 B.B.W. neergelegde stelsel van schadevergoeding bij niet-nakoming is uiting van het zojuist gememoreerde beginsel dat slechts de daadwerkelijk geleden schade voor vergoeding in aanmerking komt. De crediteur dient zoveel mogelijk in de toestand te worden gebracht waarin hij verkeerd zou hebben indien de overeenkomst uitgevoerd zou zijn⁸⁵. De Romeinsrechtelijke onderscheiding tussen *damnum emergens* en *lucrum cessans*, neergelegd in art. 1149 B.B.W., dient daarbij als uitgangspunt.

Voor een goed begrip van het Belgisch schadevergoedingsrecht is essentieel om te onderscheiden tussen de zogenaamde "plaatsvervangende schadevergoeding" (in België ook wel uitvoering bij equivalent of vergeldende schadevergoeding geheten) en de "bijkomende schadevergoeding", waarvan de belangrijkste vorm die wegens vertraging

82. TREITEL, *o.c.*, 76 v.

83. Zie ook art. 45 Weens Koopverdrag dat de schuldeiser de vrije keuze laat tussen het vorderen van nakoming en van schadevergoeding.

84. Duits recht neemt de subsidiariteit van de schadevergoedingsactie wel als uitgangspunt (§ 326, 283 BGB), maar bij vertraging in de nakoming bestaat een keuzemogelijkheid na *Nachfrist*. Zie TREITEL, *o.c.*, 48, die voor Frans recht ook verwijst naar MAZEAUD (*Traité III* 1978, no. 2306) die de keuze sowieso mogelijk acht. Zie voor een bespreking in rechtsvergelijkend perspectief D. TALLON, *Domages et intérêts et exécution en nature*, J.T. 1985, 601 v. en J.H. HERBOTS, "Rechterlijk gebod en verbod in Engeland, in het bijzonder in het contractenrecht", T.P.R. 20 (1983), 1049 v.

85. HENRI DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit Civil Belge, tome III*, 3. éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, no. 105. De zg. *poena privata* is ook verboden: het boetebeding dient een forfaitair beding te zijn met een schadevergoedend karakter (vgl. art. 1152 B.B.W.); vgl. Cass., 2 december 1983, A.C. 1983-84, 398 en H. BOCKEN/B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak (1981-1992)", T.P.R. 31 (1994), no. 352 v.

in de nakoming is (deze betreft moratoire schadevergoeding indien vertraging ontstond in de verbintenis tot betaling van een geldsom, compensatoire schadevergoeding indien de vertraging ligt in de voldoening van een verbintenis die geen betrekking heeft op betaling van een geldsom)⁸⁶. Bestaat de niet-nakoming in vertraging bij de betaling van een geldsom, dan omvat de schadevergoeding enkel de wettelijke rente (art. 1153 B.B.W., gewijzigd in 1913). Bij opzet van de debiteur om de hoofdsom niet te betalen, kan meer worden gevorderd (nl. de werkelijke schade)⁸⁷. De moratoire schadevergoeding kan cumulatief met de eerste worden gevorderd, terwijl plaatsvervangende schadevergoeding en nakoming elkaar uitsluiten.

Naar Belgisch recht heeft de actie tot verkrijging van (plaats)vervangende schadevergoeding in overeenstemming met het zojuist gememoreerde civil law-beginsel een subsidiair karakter: deze kan slechts worden toegekend indien de "rechtstreekse uitvoering" niet mogelijk is. De woorden van DE PAGE uit 1967 gelden nog altijd⁸⁸:

"Lorsque l'exécution *directe* est encore possible, c'est cette exécution *qui prime*, et ni le débiteur ni le créancier n'ont le droit d'opter, unilatéralement, pour les dommages-intérêts" (curs. in orig., JMS).

Of een algemene schadebeperkingsplicht op de debiteur rust is niet langer omstreden: volgens het Hof van Cassatie⁸⁹ heeft de benadeelde recht op volledige vergoeding van de schade en is hij niet verplicht om de schade zoveel mogelijk te beperken, maar moet hij wel redelijke maatregelen nemen om het nadeel te beperken. In de literatuur wordt die verplichting meestal gegrond in de uitvoering te goeder trouw van de verbintenis⁹⁰.

B. NEDERLANDS RECHT

Zoals reeds aangegeven is het Nederlands schadevergoedingsrecht thans neergelegd in een aparte afdeling van Boek 6 N.B.W. en gelden de daarin opgenomen bepalingen gelijkelijk voor de schadevergoedingsactie op grond van niet-nakoming en voor die op grond van onrechtmatige daad. Ook in Nederland fungeert het klassieke onderscheid tussen vervangende schadevergoeding en aanvullende schadevergoeding (bestaande in vertragingsschade of gevolgschade) meestal als uitgangspunt voor verdere beschouwing. De regeling stelt veel buiten twijfel van wat naar oud BW (en huidig Belgisch recht)

86. DE PAGE III, *o.c.*, no. 128; VANDEPUTTE, *o.c.*, 244. De compensatoire schadevergoeding bestaat niet langer naar Nederlands recht. Zie uitgebreid de bijdrage van B. DE TEMMERMAN aan deze bundel, alwaar verdere literatuurverwijzingen.

87. VANDEPUTTE, *o.c.*, 254 v.

88. DE PAGE III, *o.c.*, no. 128. Vgl. VANDEPUTTE, *o.c.*, 242; VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht I*, 4de uitg. 1995, 125 v.; BOCKEN/DE TEMMERMAN, *o.c.*, T.P.R. 31 (1994), no. 336 en de bijdrage van S. STIJNS aan deze bundel, no. 6.

89. 14 mei 1982, A.C. 1991-92, 855, waarover L. SCHUERMANS e.a., "Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1983-1992)", T.P.R. 31 (1994), 878 v.

90. De bij SCHUERMANS e.a., *o.c.*, 880 genoemde auteurs; zie ook KRUIHOF, *o.c.*, T.P.R. 31 (1994), no. 189. Ook het verbod van rechtsmisbruik wordt wel aangewezen als grondslag.

omstreden was, zoals de wijze van bepaling van het causaal verband tussen tekortkoming en *omvang* van de schade (art. 6:98), de schadeplichtigheid bij alternatieve causaliteit (art. 6:99), de wijze van voordeelsverrekening (art. 6:100), de invloed van eigen schuld (art. 6:101) en de verplichting tot winstafdracht (art. 6:104). Ook hier blijft het beginsel van compensatie van de geleden schade echter absoluut⁹¹.

De vraag naar de subsidiariteit van de actie tot verkrijging van vervangende schadevergoeding wordt in Nederland, net als in België, eenduidig beantwoord. De schuldeiser heeft niet vanaf het moment dat de overeenkomst tot stand is gekomen de bevoegdheid om in plaats van nakoming schadevergoeding te vorderen⁹². De verplichting om vervangende schadevergoeding te betalen is subsidiair en vloeit voort uit wanprestatie, niet uit de overeenkomst zelf.

In de PECL (art. 8:101) worden in geval van toerekenbare tekortkoming alle remedies beschikbaar geacht voor de crediteur.

§ 6. Causaal verband

De vraag langs welke maatstaf het vereiste causaal verband tussen tekortkoming en schade moet worden vastgesteld, wordt in de diverse Europese landen op verschillende wijzen beantwoord. Het stellen van de eis van causaal verband dient te worden gezien als slechts één van de methoden waarlangs de schadevergoedingsplicht kan worden ingeperkt; waar in sommige rechtsstelsels ook andere methoden van inperking bestaan (zoals via de eis van schuld, van voorzienbaarheid en van bepaaldheid van de schade)⁹³ is zinvolle vergelijking van de diverse nationale causaliteitseisen *elk voor zich beschouwd* moeilijk.

A. BELGISCH RECHT

De vaststelling van het vereiste causaal verband tussen tekortkoming en schade geschiedt naar Belgisch recht door na te gaan of de schade een "onmiddellijk en rechtstreeks gevolg is van het niet uitvoeren van de overeenkomst" (art. 1151 B.B.W.; de Franse tekst rept van een "suite immédiate et directe"). Daarmee wordt de "indirecte schade" naar de tekst van de wet uitgesloten, doch berucht is de moeilijke afgrenzing van directe en indirecte schade, waarvoor een werkelijk criterium ontbreekt⁹⁴.

91. ASSER-HARTKAMP I, *o.c.*, no. 410 v.

92. HR 21 december 1956, *N.J.* 1957, 126. Zie ook ASSER-RUTTEN I, *o.c.*, 149-150 en de daar genoemde auteurs.

93. Zie TREITEL, *o.c.*, 143 v.

94. TREITEL, *o.c.*, 167. Doordat het Hof van Cassatie een *condicio sine qua non*-verband voldoende acht, valt ook "indirecte schade" onder art. 1151 B.B.W.; aldus expliciet Cass., 14 oktober 1985, *A.C.* 1985-86, 179.

Het Hof van Cassatie ziet het criterium als enkel omvattende een *condicio sine qua non*-verband voor het vaststellen van de *vestiging* van de schadevergoedingsplicht: de "noodzakelijke" gevolgen van de niet-nakoming komen voor vergoeding in aanmerking⁹⁵. De verdere invulling van de formulering geschiedt door de wet aldus dat indien geen opzet bestaat van de nalatige debiteur slechts de schade behoeft te worden vergoed die de debiteur heeft voorzien of kon voorzien ten tijde van het sluiten van de overeenkomst (art. 1150 B.B.W.); dit vereiste van voorzienbaarheid ziet echter eveneens slechts op het ontstaan van de schade: de omvang behoeft niet voorzienbaar te zijn geweest.⁹⁶

Bestaat wel opzet van de debiteur, dan wordt de eis van voorzienbaarheid niet gesteld. De grove fout van de debiteur wordt expliciet niet onder opzet gebracht door het Hof van Cassatie⁹⁷.

Wat opvalt is dat hiermee wel criteria bestaan voor het vaststellen van het causaal verband ten aanzien van het ontstaan van de schadevergoedingsplicht, maar dat die ontbreken ten aanzien van de vaststelling van de omvang daarvan.

B. NEDERLANDS RECHT

Naar Nederlands recht dient het causaal verband tussen tekortkoming van de debiteur en de te vergoeden schade in twee fasen te worden vastgesteld. In de eerste plaats dient het causaal verband tussen tekortkoming en het *ontstaan* van de schade zeker te zijn. Hier eist art. 6:74 N.B.W. slechts een *condicio sine qua non*-verband. In de tweede plaats wordt de *omvang* van de schadevergoedingsplicht vastgesteld aan de hand van art. 6:98 N.B.W. Deze bepaling vereist in zeer algemene bewoordingen een zodanig verband dat de schade "mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade" als een gevolg van de tekortkoming kan worden toegerekend. Deze "toerekening naar redelijkheid" eist geen voorzienbaarheid van de schade; deze is enkel een factor van belang bij de redelijke toerekening.

Dit neemt niet weg dat in de praktijk van het Nederlandse recht de voorzienbaarheid nog altijd een grote rol vervult. In het oorspronkelijk ontwerp van het nieuw BW was deze voorzienbaarheid ook als enig relevant neergelegd doch onder invloed van de

95. Voor deze equivalentietheorie bijv. Cass., 1 april 1982, *A.C.* 1981-82, 963 en Cass., 9 mei 1986, *A.C.* 1985-86, 1223 en Cass., 11 april 1986, *A.C.* 1985-86, 1091; vgl. KRUTHOF, *o.c.*, *T.P.R.* 31 (1994), no. 217 en DE PAGE, *Traité III*, *o.c.*, no. 110 v.

96. Vgl. DE PAGE, *Traité III*, *o.c.*, no. 112; VANDEPUTTE, *o.c.*, 246. Vgl. Cass., 23 oktober 1987, *A.C.* 1987-88, 228: "dat de art. 1150 en 1151 BW alleen betrekking hebben op de oorzaak van de schade en niets uit te staan hebben met de omvang van de schade". Zie ook TREITEL, *o.c.*, 153 over de verwarring van causaliteit en voorzienbaarheid.

97. Cass., 18 mei 1987, *A.C.*, 1986-87, 1250; *R.W.* 1988-89, 1124. Kennelijk nog anders: DE PAGE III, *o.c.*, no. 113. De regel van het Hof van Cassatie komt overeen met die over de geldigheid van exonerationbedingen (zie boven § 4.).

rechtspraak van de Hoge Raad - op haar beurt weer beïnvloed door het werk van KÖSTER - vervangen door de redelijke toerekening⁹⁸. Uitzonderlijk is het geval waarin ondanks het ontbreken van voorzienbaarheid toch causaal verband wordt aangenomen.

§ 7. Verzuim en ingebrekestelling

De eis de debiteur eerst in gebreke te stellen alvorens schadevergoeding te kunnen vorderen wordt in civil law-stelsels in beginsel steeds gesteld⁹⁹. Doel van de ingebrekestelling is om alle onzekerheid over de houding van de schuldeiser weg te nemen: na ingebrekestelling weet de debiteur waar hij aan toe is¹⁰⁰. Die ratio maakt dat een ingebrekestelling niet vereist is indien nakoming onmogelijk is of het anderszins zinloos is nog een ingebrekestelling te sturen, bijvoorbeeld omdat de debiteur al liet blijken niet na te zullen komen. De vraag welke de betekenis is van de bepaling van een termijn voor de nakoming in de overeenkomst verschilt per Europees rechtstelsel¹⁰¹.

A. BELGISCH RECHT

Naar Belgisch recht¹⁰² is de ingebrekestelling ("inmorasteling") als hoofdregel vereist om contractuele rechten te kunnen effectueren. Het Hof van Cassatie heeft uit verspreide bepalingen (zoals art. 1146 B.B.W.) een dergelijk algemeen rechtsbeginsel afgeleid¹⁰³. Het beginsel geldt ook bij bepaling van een termijn voor de nakoming: deze vervangt de ingebrekestelling naar Belgisch recht niet¹⁰⁴.

Dat een ingebrekestelling niet vereist is indien nakoming blijvend onmogelijk is, is dispers neergelegd in het Belgisch BW. Art. 1146 en 1145 zijn er een uiting van nu deze bepalen dat ingebrekestelling niet vereist is indien de verbintenis slechts binnen een zekere termijn kon worden nagekomen en de termijn is verstreken of beloofd is om iets niet te doen en de debiteur het toch gedaan heeft. Daaruit heeft het Hof van Cassatie - in overeenstemming met de gememoreerde "Europese" regel - het algemene beginsel afgeleid dat bij onmogelijkheid van nakoming ingebrekestelling niet vereist is¹⁰⁵.

98. PG Boek 6, 343 (MvA); zie HR 20 maart 1970, *N.J.* 1970, 251 en H.K. KÖSTER, *Causaliteit en voorzienbaarheid*, oratie Amsterdam 1963, Zwolle, Tjeenk Willink, 1963.

99. Zie bijv. de *Mahnung* van § 284 BGB en de *mise en demeure* uit het Franse recht (vgl. art. 1146/1153 Code Civil). Vgl. TREITEL, *o.c.*, 132 v.

100. Vgl. VAN GERVEN m.m.v. ERIC DIRIX, *Verbintenissenrecht III*, 5de dr., Leuven, Acco, 1995, 406.

101. § 284.2 BGB bepaalt dit; art. 1139 Code Civil is minder expliciet.

102. VAN GERVEN III, *o.c.*, 5de dr. 1995, 406 v.; BOCKEN/DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 31 (1994), no. 330 v.; DE PAGE III, *o.c.*, no. 72 v.

103. Cass., 9 april 1976, *A.C.* 1976, 921. De tekst van het BBW laat hier vele controversen open; vgl. DE PAGE III, *o.c.*, no. 72 v.

104. Cass., 25 november 1976, *A.C.* 1977, 337. Over deze regel "dies non interpellat pro homine" zie DE PAGE III, *o.c.*, no. 73.

105. Cass., 24 maart 1972, *R.W.* 1971-72, 2023; Cass., 22 maart 1985, *A.C.* 1984-85, 1011; vgl. DE PAGE III, *o.c.*, no. 73.

Evenmin is ingebrekestelling nodig indien dat door partijen is overeengekomen¹⁰⁶ of indien de debiteur heeft erkend in gebreke te zijn of laat blijken dat hij niet zal nakomen¹⁰⁷. Nu naar Nederlands recht in art. 6:83 N.B.W. (zie onder) een aantal gevallen is opgesomd waarin ingebrekestelling achterwege kan blijven, is de vraag of dat in de daar genoemde gevallen ook naar Belgisch recht mogelijk is. Dit lijkt het geval nu het Hof van Cassatie ook meer algemeen heeft overwogen dat een ingebrekestelling achterwege kan blijven indien deze nutteloos is¹⁰⁸.

Wat de wijze van ingebreke stellen aangaat, geldt dat het Belgische recht weinig formeel meer is. Hoewel art. 1139 B.B.W. een aanmaning of "een andere daarmee gelijkgestemde akte" eist, is ieder schriftelijk stuk afdoende, mits maar voldoende duidelijk en ondubbelzinnig te kennen wordt gegeven dat de verbintenis dient te worden uitgevoerd. In handelszaken zou volgens sommige auteurs zelfs een mondelinge ingebrekestelling afdoende zijn¹⁰⁹. Is eenmaal in gebreke gesteld, dan vindt risico-omslag plaats en is de moratoire schadevergoeding verschuldigd¹¹⁰.

B. NEDERLANDS RECHT

De huidige Nederlandse verzuimregeling is ten opzichte van die in het oude BW aanzienlijk gewijzigd. Dit is interessant omdat dit is geschied om de bezwaren die aan de op de Code Civil gebaseerde regeling kleefden te vermijden. De vroegere verzuimregeling was net als de Belgische gebaseerd op een driedeling in typen niet-nakoming. Net als naar huidig Belgisch recht was in geval van volledige niet-nakoming (d.w.z. dat nakoming redelijkerwijs niet meer mogelijk is te achten) geen ingebrekestelling vereist¹¹¹, was dit wel het geval bij een vertraging in de nakoming en volgens de wettelijke regeling weer niet bij een niet-behoorlijke niet-nakoming. Door de Hoge Raad was voor het laatste geval bepaald dat de redelijkheid en billijkheid anders konden meebrengen¹¹². De termen verzuim en ingebrekestelling werden niet in een vaststaande betekenis gebruikt.

106. DE PAGE III, *o.c.*, no. 75. Consumentenbescherming staat hieraan soms in de weg: art. 45 Wet Hypotheekair Krediet, art. 29 Wet Consumentenkrediet en art. 14-15 Verzekeringswet beschermen de consument.

107. VAN GERVEN III, *o.c.*, 5de dr. 1995, 409.

108. Cass., 22 maart 1985, *A.C.* 1984-85, 1011. Zie ook de bijdrage van S. STIJNS aan deze bundel, no. 28.

109. DE PAGE III, *o.c.*, no. 80; ROGIER DE CORTE, *Inleiding tot het Recht*, Gent, Mys & Breesch, 1994, no. 1216. Kennelijk anders: VAN GERVEN, *Verbintenissenrecht III*, 3de dr. 1995, *o.c.*, 410; zie ook BOCKEN/DE TEMMERMAN, *o.c.*, *T.P.R.* 31 (1994), no. 333.

110. DE PAGE III, *o.c.*, no. 82 v.

111. Het verzuim ontstond van rechtswege; zie ASSER-RUTTEN I, *o.c.*, 169.

112. HR 22 mei 1981, *N.J.* 1982, 59.

Hiervoor in de plaats is een regeling gekomen die wordt gekenmerkt door een grote gecompliceerdheid, doch die innerlijk meer consistent is. De term verzuim doelt uitsluitend op de situatie die wordt omschreven in art. 6:81 N.B.W.: de periode van aan de debiteur toerekenbare vertraging in de nakoming die hetzij ontstaat door een ingebrekestelling (art. 6:82 N.B.W.) hetzij door verzuim van rechtswege (art. 6:83 N.B.W.). Dit verzuim is vereist voor het kunnen instellen van de vordering tot schadevergoeding voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is (art. 6:74 lid 2 N.B.W.). Daarmee heeft de eerdere driedeling plaatsgemaakt voor een tweedeling in typen niet-nakoming: nakoming is hetzij blijvend onmogelijk (definitieve niet-nakoming en onherstelbaar ondeugdelijke niet-nakoming: verzuim is niet vereist), hetzij nog mogelijk (niet-tijdige niet-nakoming en herstelbare ondeugdelijke niet-nakoming: verzuim is wel vereist).

De belangrijkste kritiek op deze regeling is dat de onderscheiding tussen blijvende en tijdelijke onmogelijkheid van nakoming onwerkbaar is in de praktijk: het is voor de crediteur immers moeilijk om te ontdekken wat de reden is voor de niet-nakoming; deze laatste ligt immers doorgaans geheel in de sfeer van de debiteur¹¹³. De huidige Nederlandse (commerciële) praktijk is dan ook dat de crediteur vrijwel steeds een ingebrekestelling doet uitgaan, niet alleen indien verzuim van rechtswege reeds is ingetreden (art. 6:83 N.B.W.), maar zelfs indien verzuim in het geheel niet nodig is (vgl. art. 6:74 lid 2 N.B.W.).

Het verzuim treedt hetzij in door het uitbrengen van een ingebrekestelling met daarin een termijn voor de nakoming (art. 6:82 lid 1 N.B.W.), hetzij door een schriftelijke aanmaning zonder termijnstelling indien sprake is van tijdelijke onmogelijkheid van nakoming of indien uit de houding van de debiteur blijkt dat aanmaning nutteloos is (lid 2). Ingebrekestelling of aanmaning is niet vereist indien verzuim van rechtswege intreedt. Art. 6:83 somt niet limitatief drie gevallen op, waarvan het belangrijkste dat onder a is. Was naar oud-Nederlands recht een termijn voor de nakoming in beginsel niet fataal en weigerde de Hoge Raad nog in 1991 daarop te anticiperen¹¹⁴, in het N.B.W. is thans bepaald dat het ongebruikt laten verstrijken een termijn voor de nakoming in beginsel tot verzuim van rechtswege leidt. Daarmee wordt de crediteur meer tegemoet gekomen en achtergesteld bij dat van de debiteur, die nu immers kan worden geconfronteerd met rauwelijkse omzetting in schadevergoeding¹¹⁵. In de gevallen van art. 6:83 sub b en c treedt het verzuim eveneens van rechtswege in.

113. VRANKEN, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, o.c., 131.

114. HR 27 september 1991, *N.J.* 1991, 801.

115. Art. 6:87 eist nl. een omzettingsverklaring van de crediteur; zie onder. De rechter heeft wel de bevoegdheid om te corrigeren: de termijn voor de nakoming kan een andere strekking hebben (art. 6:83 sub a), de omzetting van art. 6:87 lid 2 kan niet gerechtvaardigd zijn. Zie *PG Boek 6*, 255 (MvA) en 257 (MO).

De gevolgen van het verzuim zijn gedetailleerd neergelegd in de artt. 6:84, 6:85 en 6:87 N.B.W. Behalve de ook naar Belgisch recht (en oud Nederlands recht) bestaande risico-omslag en het ontstaan van de verplichting de vertragingsschade te vergoeden, is nieuw dat met het verzuim de niet blijvend onmogelijke nakomingsverplichting middels een zogenaamde omzettingsverklaring kan worden omgezet in een verplichting schadevergoeding te betalen (art. 6:87). Ratio van de invoering van deze extra eis is dat naar oud recht zuivering van het verzuim niet mogelijk was (net zoals de mogelijkheid daarvan naar huidig Belgisch recht omstreden is). Nu art. 6:86 N.B.W. die mogelijkheid in beginsel opent - zodat de debiteur nog na het intreden van het verzuim kan nakomen - loopt daarmee de crediteur het gevaar inmiddels elders een dekkingskoop gesloten te hebben en daarna alsnog te worden geconfronteerd met een presteren door de nalatige debiteur. Het uitbrengen van de omzettingsverklaring voorkomt dat risico.

Een detailverschil tussen de Belgische en Nederlandse verzuimregeling is nog dat naar huidig Nederlands recht de wettelijke rente (als vertragingsschade) begint te lopen op het moment dat de debiteur in verzuim is (art. 6:119 lid 1 N.B.W.). Naar oud Nederlands recht¹¹⁶ was en naar huidig Belgisch recht is dat in beginsel pas het moment van aanmaning of vordering in rechte (art. 1286 lid 3 BW (oud) en art. 1153 B.B.W.). Desalniettemin kan worden getwijfeld aan het belang van dit verschil nu het Hof van Cassatie heeft uitgemaakt dat bij onmogelijkheid van nakoming de wettelijke rente verschuldigd is vanaf de dag waarop de onmogelijkheid bestaat¹¹⁷; resteert kennelijk het geval waarin nakoming mogelijk is en naar Nederlands recht verzuim van rechtswege intreedt: dan zou naar Belgisch recht de rente pas vanaf de aanmaning lopen, naar Nederlands recht al op het moment van verzuim.

§ 8. Het doel van het contractueel aansprakelijkheidsrecht en de weg naar een *ius commune*?

In zijn grondleggende studie over contractuele remedies onderscheidt TREITEL drie beginselen van contractueel schadevergoedingsrecht die opgaan voor alle door hem onderzochte rechtsstelsels¹¹⁸. In de eerste plaats dient schadevergoeding er toe om de daadwerkelijk geleden schade te vergoeden en wordt deze toegekend om een specifiek belang van de benadeelde te beschermen; in de tweede plaats is het doorgaans beschermde belang dat van de schuldeiser bij nakoming van de overeenkomst (het positief belang); ten slotte geldt dat ieder rechtsstelsel mechanismen kent om met ook het belang van de debiteur rekening te houden: de schadevergoedingsverplichting wordt ingeperkt door bijvoorbeeld de eis van schuld, voorzienbaarheid, etc. te stellen. Deze beginselen gelden zeker ook in Belgisch en Nederlands recht.

Waar de functie van het contractuele aansprakelijkheidsrecht aan de orde is, verschillen civil law en common law echter. In de civil law is de actie tot verkrijging van schade-

116. Vgl. HR 10 augustus 1988, *N.J.* 1989, 157.

117. Cass., 29 november 1984, *A.C.* 1984-85, 446.

118. TREITEL, *o.c.*, 76 v.

vergoeding subsidiair: zolang nakoming nog mogelijk is, kan de schuldeiser niet verkiezen in plaats van nakoming vervangende schadevergoeding te vorderen. In de common law is dit in beginsel wel mogelijk. Dit onderscheid hangt nauw samen met het doel van de actie tot verkrijging van schadevergoeding: dient het contractueel aansprakelijkheidsrecht er toe om *subsidiair* (indien de nakoming niet mogelijk blijkt) de door de schuldeiser geleden schade te vergoeden of om aan de crediteur ook *primaire* het equivalent van de overeengekomen prestatie te geven? TALLON en RÉMY¹¹⁹ hebben onlangs aangetoond dat de tweede visie die van Domat was en ook ten grondslag ligt aan de Franse Code Civil. Niet de niet-nakoming genereert de aansprakelijkheid, maar de overeenkomst zelf is de oorzaak van de plicht om de vervangende waarde van de prestatie in geld te betalen. Deze idee is in de negentiende en begin twintigste eeuw onder invloed van onder meer Planiol allengs verlaten voor een op één noemer brengen van de schadevergoeding bij niet-nakoming en bij onrechtmatige daad. Dat in die opvatting ook toerekenbaarheid van de tekortkoming aan de debiteur wordt geëist, is niet meer dan logisch nu dit ook bij de delictuele aansprakelijkheid geschiedt.

Hiermee is blootgelegd dat ook in de civil law de eis van toerekenbaarheid van de tekortkoming niet steeds is gesteld; ook thans is een continentaal contractsbegrip denkbaar dat de overeenkomst terugbrengt "à sa figure originelle: la promesse d'un avantage déterminé, plutôt que la promesse d'un certain comportement du débiteur"¹²⁰. Daarmee zou worden aangesloten bij de common law-traditie. Op een niveau van beginselen zou reeds door deze andere filosofie een gemeenschappelijk uitgangspunt kunnen worden bereikt. Een vergelijking van Belgisch en Nederlands recht laat zien dat ook bij gelijk uitgangspunt op detailniveau verschillen blijven bestaan.

119. DENIS TALLON, "L'inexécution du contrat: pour une autre présentation", *RTD Civ.* 1994, 223 v.; PH. RÉMY, "La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept", *RTD Civ.* 1997, 332 v.; zie ook BERNARD DUBUISSON, "Questions choisies en droit de la responsabilité contractuelle", *o.c.*, 93 v.
120. DUBUISSON, *o.c.*, 100.